

Prejudiciële vragen over overgang van onderneming bij doorstart in faillissement

Bb 2016/52

Is de werknemersbeschermende figuur van overgang van onderneming in de zin van art. 7:662 e.v. BW en Richtlijn 2001/23/EG van toepassing bij een doorstart van een onderneming vanuit een faillissement met behulp van een beoogd curator? Is daarbij relevant of met de pre-pack primair de voortzetting van de onderneming, de maximalisatie van de verkoopopbrengst, dan wel een combinatie van beide wordt nagestreefd? Welk tijdstip is bepalend voor het intreden van de overgang van onderneming; ligt dit tijdstip vóór of na het faillissement? Het zijn deze vragen waar het Hof van Justitie van de Europese Unie zich over zal buigen.

1. Inleiding

Bij een pre-pack bereidt de schuldenaar vóór het faillissement een activatransactie van zijn insolvente onderneming voor met behulp van een door de rechtbank aangewezen stille bewindvoerder. De stille bewindvoerder effectueert de doorstart na het uitspreken van het faillissement in zijn rol van curator. Tot voor kort was de pre-pack een informele procedure en berustten de werkzaamheden van de beoogd curator niet op een wettelijke grondslag. Niettemin werkten de insolventieteams van de meeste rechtbanken mee aan de pre-pack (de Rechtbanken Limburg, Midden-Nederland en Noord-Holland echter niet). Op 21 juni 2016 heeft de Tweede Kamer het voorstel voor de Wet Continuïteit Ondernemingen I (WCO I) (34218) aangenomen. Daarmee is de pre-pack in artikelen 363-368 FW verankerd. Voordat WCO I in werking treedt, dient de Eerste Kamer deze goed te keuren. Er bestaat onduidelijkheid over de vraag of de figuur van de overgang van onderneming, zoals neergelegd in art. 7:662 e.v. BW en Richtlijn 2001/23/EG, van toepassing is in het geval van een pre-pack. Naar aanleiding van de toepassing van een pre-pack in het faillissement van de Estro Groep, heeft de kantonrechter van de Rechtbank Midden-Nederland het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) prejudiciële vragen gesteld.²

2. Feiten en procesverloop

Op 3 juni 2014 verplaatsten Estro Groep B.V. en haar dochterondernemingen (gezamenlijk hierna: de Estro Groep), toen nog het grootste kinderopvangbedrijf van Nederland, hun statutaire zetels van Utrecht naar Amsterdam. Dit om een pre-pack mogelijk te maken. Op verzoek van Estro Groep wijst de Rechtbank Amsterdam op 10 juni 2014 een stille bewindvoerder aan. Deze stille bewindvoerder onderhan-

delt in de daaropvolgende weken een koopovereenkomst met koper Smallsteps. Vervolgens wordt Estro Groep op 5 juli 2014 in staat van faillissement verklaard. Nog dezelfde dag tekent de curator de koopovereenkomst voor de Estro Groep en twee dagen later zegt de curator de arbeidsovereenkomsten van alle werknemers op. Smallsteps neemt circa 250 van de 380 vestigingen over en biedt aan 2600 van de 3600 werknemers een nieuw dienstverband aan. Grofweg 1000 voormalig werknemers van Estro verliezen definitief hun baan.

Nadien maken het FNV en een viertal niet overgenomen werknemers een procedure aanhangig tegen Smallsteps. Primair stellen zij dat de arbeidsovereenkomsten van alle werknemers van de overgenomen vestigingen zijn overgegaan op Smallsteps op basis van de toepasselijkheid van de figuur van overgang van onderneming. Voor zover de figuur van overgang van onderneming niet van toepassing is, voeren zij subsidiair aan dat er sprake is van opvolgend werkgeverschap in de zin van art. 7:668a BW.

3. Overgang van onderneming

Art. 7:662 e.v. BW regelen de overgang van onderneming: op het moment van de overgang gaan bestaande rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst van rechtswege over op de verkrijger (art. 7:663 en art. 7:662 lid 2 BW). Daarbij is voor de vaststelling of sprake van een overgang van onderneming doorslaggevend of de identiteit van het bedrijf behouden blijft.³ Of dit het geval is, wordt beoordeeld aan de hand van de factoren van het Spijkers arrest.⁴

De voorloper van de Richtlijn 2001/23/EG, de oude Richtlijn 77/187/EG, voorzag niet in een uitzondering voor de toepasselijkheid van de figuur van overgang van onderneming in geval van insolventie van de vervreemder. Onder deze oude richtlijn is het Abels arrest geweest. Daarin oordeelde het HvJ EG dat er geen sprake is van overgang van onderneming bij een faillissementsprocedure.⁵ Dit arrest vormt de basis voor art. 7:666 BW. Volgens die bepaling is de werknemersbeschermende hoofdregel van overgang van onderneming niet van toepassing, indien: a) de werkgever in staat van faillissement is verklaard, en b) de onderneming tot de boedel behoort.

Na het Abels arrest heeft het HvJ EU een aantal arresten gewezen over de toepasselijkheid van de figuur van overgang van onderneming op verschillende insolventieproce-

1 Mr. M.A. Vieira is advocaat Houthoff Buruma te Amsterdam.

2 Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954, JOR 2016/147, m.nt. Bouwens.

3 HR 6 mei 2014, JOR 2014/184, m.nt. Loesberg.

4 HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1987/502.

5 HvJ EG 7 februari 1985, C-135/83, NJ 1985/900 (Abels).

dures.⁶ In de literatuur wordt betoogd dat uit deze arresten volgt dat voor de vaststelling van de toepasselijkheid van de Richtlijn 2001/23/EG relevant zijn: (i) het formele doel van de insolventieprocedure, waarbij onderscheiden wordt in liquidatie en continuïteit; en (ii) de feitelijke situatie, waaronder de modaliteiten van de procedure. Het zijn deze punten die FNV ook naar voren brengt in de Estro-procedure. In reactie op deze arresten, heeft de Europese wetgever de oude richtlijn herzien en de Richtlijn 2001/23/EG ingevoerd. Art. 5 van de Richtlijn 2001/23/EG schept expliciet de mogelijkheid om de toepasselijkheid van de Richtlijn 2001/23/EG uit te sluiten in geval van een faillissementsprocedure. Echter, deze uitzondering is in andere bewoordingen geformuleerd dan in het Abels arrest.⁷ Om die reden is wel betoogd dat art. 7:666 BW – dat op het Abels arrest is gebaseerd – niet in overeenstemming is met art. 5 van de Richtlijn 2001/23/EG.

4. Argumenten voor overgang

In de doctrine bestaat geen eenstemmigheid over de vraag of sprake is van overgang van onderneming bij een pre-pack. Voorstanders⁸ stellen dat de pre-pack gericht is op de continuïteit van de onderneming en niet op de liquidatie daarvan. Om deze reden zou ten eerste op basis van richtlijnconforme interpretatie van art. 7:662 e.v. BW aangenomen moeten worden dat de uitzondering van art. 7:666 BW niet van toepassing is bij een pre-pack. Ten tweede volgt volgens voorstanders ook op basis van jurisprudentie van het HvJ EU⁹ dat de uitzondering op de figuur van overgang van onderneming alleen geldt, indien de insolventieprocedure gericht is op liquidatie. Ten derde wordt betoogd dat doorgaans het zwaartepunt van de onderhandelingen en de verkoop van de activa vóór het faillissement zijn gelegen. De transactie zou dus al voor het faillissement zijn bekostofd. Hierdoor zou ook het formele toezicht in het faillissement in feite zijn uitgehold. Het devies van de voorstanders luidt dan ook: in geval van een pre-pack is sprake van overgang van onderneming.

5. Argumenten tegen overgang

Tegenstanders van de toepasselijkheid van overgang van onderneming in pre-pack transacties vinden in de eerste plaats steun in het Abels arrest.¹⁰ Daarin heeft het HvJ EG bepaald dat er geen overgang van onderneming is bij een

doorstart vanuit faillissement. Uit dat arrest volgt bovendien dat het faillissement wordt beschouwd als een op liquidatie en vereffening gerichte procedure. In de tweede plaats stelt de tekst van art. 7:666 BW geen nadere vereisten, anders dan dat de werkgever in staat van faillissement moet zijn verklaard en dat de onderneming tot diens boedel behoort. Derhalve volstaat het bestaan van een faillissementsprocedure om van de hoofdregel van overgang van onderneming af te wijken. In de derde plaats wordt de activatransactie pas na het faillissement van de vervreemder geëffectueerd. De beoogd curator kan de activa niet overdragen voor zijn aanstelling in faillissement. De activa worden pas overgedragen, nadat het faillissement is ingetreden.¹¹ In de vierde plaats voert de minister in de memorie van toelichting bij WCO I¹² aan dat pas na de faillietverklaring definitief duidelijk wordt of de overgang plaats zal vinden en onder welke voorwaarden. Immers, ten tijde van de overeenstemming over de transactie is nog onzeker of het faillissement zal worden uitgesproken, of de beoogd curator dan wel een ander persoon als curator zal worden benoemd en of de curator zich na het uitspreken van het faillissement nog kan verenigen met het in stilte behaalde onderhandelingsresultaat. Het laatste kan zich bijvoorbeeld voordoen indien er een beter bod op de bedrijfsonderdelen wordt gedaan dan het initiële (eventueel: *stalking horse*) bod.

6. Peilmoment overgang van onderneming

Partijen twisten in onderhavige procedure verder over wat aangemerkt moet worden als het peilmoment voor de overgang. Volgens Smallsteps is dit het tijdstip waarop de hoedanigheid van de ondernemer die de betrokken entiteit exploiteert, overgaat van de vervreemder op de verkrijger. Doorgaans zou dit betekenen dat de overgang na het faillissement plaatsvindt, omdat normaliter na de faillietverklaring van de vervreemder de koopovereenkomst wordt gesloten en de activa worden overgedragen.

In het recente vonnis inzake de doorstart van Heiploeg oordeelde de Rechtbank Overijssel, in lijn met het Celtec arrest¹³ van het HvJ EU, dat het moment van overgang samenvalt met het moment waarop de onderneming op de verkrijger overgaat. Volgens de rechtbank komt dit neer op het moment waarop de onderneming aan de verkrijger wordt geleverd.¹⁴ De activatransactie vindt dus (meestal) na faillissement plaats.

In onderhavige procedure overweegt de kantonrechter (in r.o. 5.9) dat naar zijn oordeel de pre-pack zich afspeelt buiten het regime van de Faillissementswet. Hiervoor acht hij relevant dat: (i) de doorstart feitelijk vóór het faillissement tot stand komt; (ii) de rechter-commissaris zijn toestemming daarvoor nog voor het faillissement geeft; (iii) die

6 HvJ EG 25 juli 1991, C-362/89, NJ 1994/168 (*d'Urso*), HvJ EG 7 december 1995, C-472/93, NJ 1996/743 (*Spano/Fiat*), HvJ EG 12 maart 1998, C-319/94, JAR 1998/100 (*Dethier/Dassy*).

7 De Abels-uitzondering geldt voor "een faillissement dat gericht is op een vereffening van het vermogen van de vervreemder". Art. 5 van de Richtlijn 2001/23/EG spreekt van "een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder".

8 Zie bijvoorbeeld de Commissie Insolventierecht van de NovA in haar advies aan de minister over het Voorontwerp WCO I (zie r.o. 2.5 van de hier besproken uitspraak), J. van der Pijl, 'Misbruik van faillissementsrecht', *FIP* 2014 (8) 364, P. Hufman en I. Zaaij, 'De toepasselijkheid van de Richtlijn Overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen', *TAP* 2014/98.

9 Bijvoorbeeld het in noot 5 reeds genoemde arrest *Dethier/Dassy*.

10 HvJ EG 7 februari 1985, C-135/83, NJ 1985/900 (*Abels*).

11 Zie bijvoorbeeld M.R. van Zanten, 'Aan het werk met de pre-pack!', *Arbeids-Recht* 2013/47; E. Loesberg, 'Hoe gaat het met de pre-pack?', *TOP* 2014/4, nr. 309; F.M.J. Verstijlen, in: 'Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod', *Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'*, 2014, p. 53-61.

12 *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3 (MvT), p. 34.

13 HvJ EG 26 mei 2005, JAR 2005/205 (*Celtec*).

14 Rb. Overijssel 28 juli 2015, JOR 2015/283, m.nt. Loesberg.

toestemming na het intreden van het faillissement slechts wordt geformaliseerd; en (iv) op het moment dat de doorstart feitelijk tot stand komt niet gesproken kan worden van formeel toezicht.

eenkomsten over te nemen. Beslist het HvJ EU anders, dan zal het instrument van de pre-pack slechts een kort leven beschoren zijn.

7. Prejudiciële vragen

Naar aanleiding van de ingestelde vordering legt de kantonrechter van de Rechtbank Midden-Nederland een viertal prejudiciële vragen voor aan het HvJ EU. In de kern betreffen deze vragen de kwestie of de werking van de werknemersbeschermende regels over overgang van onderneming (art. 7:662 e.v. BW en art. 3 en 4 van de Richtlijn 2001/23/EG) terzijde wordt gesteld door art. 7:666 BW en/of art. 5 van de Richtlijn 2001/23/EG, in het geval een faillissement wordt gebruikt om een in stilte voorbereide doorstart van een insolvente onderneming te realiseren. De kantonrechter vraagt het HvJ EU:

1. Is de faillissementsprocedure bij een pre-pack die gericht is op het voortbestaan van (delen van) de onderneming in overeenstemming met de Richtlijn 2001/23/EG en is in dat licht art. 7:666 lid 1 sub a BW wel richtlijnconform?
2. Is de Richtlijn 2001/23/EG van toepassing bij een pre-pack?
3. Is het antwoord op de vorige vraag afhankelijk van het primaire doel van de pre-pack, namelijk de voortzetting van de onderneming, dan wel de maximalisatie van de verkoopopbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers?
4. Wordt het tijdstip van de overgang van onderneming voor de Richtlijn 2001/23/EG bepaald door de feitelijke wilsovereenstemming tot overdracht van vóór het faillissement of door het moment waarop de onderneming daadwerkelijk overgaat op de verkrijger die de onderneming gaat exploiteren?

8. Slotbeschouwingen

De rechtspraktijk wacht in spanning af tot het HvJ EU duidelijkheid geeft over de toepassing van de regels voor overgang van onderneming in een pre-pack. In de tussentijd blijft de mogelijke toepasselijkheid een risico. Volgens de Nederlandse wetgever vinden de regels voor overgang van onderneming geen toepassing bij een pre-pack. Dat volgt althans uit de verwerping van het amendement van Tweede Kamerlid Gesthuizen. Dat amendement stelde voor dat de bepalingen inzake overgang van onderneming wel van toepassing zijn bij een pre-pack en bij een doorstart door gelieerde partijen¹⁵. De keuze van de wetgever is de juiste. De regels voor overgang van onderneming werken in een pre-pack averechts. Ze maken een pre-pack welhaast onmogelijk. Immers, een pre-pack kan slechts dan slagen, indien daaraan inherent is dat de verkrijger wordt ontslagen van de plicht om al het personeel van de insolvente onderneming met behoud van alle rechten en plichten uit de arbeidsover-

¹⁵ Kamerstukken II 2015/16, 34218, 13.